

## بازپژوهی فقهی - حقوقی ماهیت اوراق سهام و قرارداد واگذاری آن

نصرالله جعفری خسروآبادی\*

تاریخ دریافت: ۹۴/۰۷/۱۴

سیدمرتضی شهیدی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۴/۱۲/۱۱

### چکیده

آنچه تا کنون در خصوص ماهیت سهام توسط پژوهشگران مورد تحلیل قرار گرفته، عمدتاً به تقلید از حقوق خارجی و بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی بوده است که این رویکرد با اصول و مفاهیم حقوق اسلامی از جمله تقسیم‌بندی مرسوم «حق و ملک» هیچ گونه سازگاری و مطابقتی ندارد؛ از این رو نگارندگان بر اساس دو روش توصیفی و تحلیلی و بر مبنای تأسیس‌های حقوق اسلامی، به بازپژوهی ماهیت آن پرداخته و با رویکرد انتقادی، تحقیقات گذشته را اجمالاً به بوته نقد کشانده و از مطالعه تطبیقی آن نیز غافل نمانده‌اند. به عنوان یکی از دستاوردهای تحقیق می‌توان به ماهیت مالکانه حق سهامداران اشاره نمود؛ به این صورت که خود شرکت را به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری، متعلق سلطه مالکانه آنان محسوب نمود و قرارداد واگذاری سهام را «بیع عین کلی اعتباری» دانست. در واقع سهامداران شرکت‌های سهامی، به عنوان مالکان مشاع شرکت بوده و خود شرکت هم به اعتبار شخصیت حقوقی خویش مالک اموال و دارایی‌هایش است.

### واژگان کلیدی

سهام، حق عینی، حق دینی، ملک، عین کلی

طبقه‌بندی JEL: G10, G32

njafari@haeri.ac.ir

\* استادیار گروه فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه آیت‌الله حائری (نویسنده مسئول)

shahidi351@yahoo.com

\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی، دانشگاه قم

## مقدمه

شناخت ماهیت فقهی و حقوقی سهام علاوه بر فوائد تئوریک و نظری و تعمیق حیطه دانش فقه و حقوق، فوائد عملی و کاربردی بسیاری دارد که مهمترین آن تبیین درست معاملات و ماهیت حقوقی مبادلاتی است که نسبت به این اوراق انجام می‌شود. در این بین تحلیل ماهیت این اوراق بر اساس مبانی حقوق خارجی و غفلت از مبانی و اصول و قواعد و تأسیس‌های حقوق اسلامی گمراه‌کننده خواهد بود و نه تنها به شناخت دقیق ماهیت این اوراق (بر مبنای بنیان‌های حقوق داخلی و بومی) منجر نخواهد شد، بلکه ماهیت قرارداد و گذاری آن را نیز به بیراهه خواهد کشاند. در این راستا اغلب حقوقدانان بدون توجه به تأسیس‌های بی‌بدیل گنجینه هزار ساله فقه امامیه خود، راه حقوق خارجی را در پیش گرفته و جهت شناخت ماهیت حقوقی این اوراق، به تقلید روی آورده و به زعم نگارندگان تلاشی جهت تطبیق این اوراق با تأسیس‌های حقوق اسلامی به عمل نیآورده‌اند. لذا در این نگاره پس از بیان پیشینه تحقیق ابتدا به تحلیل دیدگاه رایج در حقوق ایران و نظریه مشهور حقوقدانان خواهیم پرداخت و سپس براساس مبانی حقوق اسلامی، ماهیت اوراق و قرارداد و گذاری آن را بررسی می‌نمائیم.

### ۱. پیشینه تحقیق

شعاریان و تفرشی (۱۳۸۱) در مقاله‌ای با عنوان «سهام و حقوق ناشی آن در شرکت‌های سهامی» بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی و بدون اینکه حق مالکانه برای دارندگان سهم در نظر بگیرند، ماهیت سهم را حق دینی دانسته‌اند.

تفرشی و سکوتی (۱۳۸۳) در مقاله‌ای با عنوان «بیع سهام شرکت‌های سهامی» بدون اینکه به تحلیل دقیق ماهیت سهم بپردازند، صرفاً به تحلیل صحت بیع سهام پرداخته‌اند.

باریکلو (۱۳۸۵) در مقاله‌ای با عنوان «ماهیت سهم و بازخرید آن توسط صادرکننده» پس از بررسی تحلیل عرفی سهم و بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور، آن را مال عینی دانسته و به تحلیل صحت بازخرید آن توسط خود شرکت پرداخته است.

غمامی و ابراهیمی (۱۳۹۱) در مقاله «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس» بدون تحلیل فقهی و صرفاً بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی برای سهام ماهیت دو گانه‌ای در نظر گرفته‌اند.

همچنین سایر حقوقدانان و پژوهشگرانی که در بین مباحث حقوق تجارت و حقوق اموال ماهیت سهام را تحلیل نموده‌اند، عمدتاً بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی به آن پرداخته که این روش و مبنا، مورد انتقاد نگارندگان است و در ادامه به شرح آن خواهیم پرداخت.

در عین حال عبدی پورفرد (۱۳۹۱) در کتاب «مباحث تحلیلی از حقوق تجارت» متفاوت از سایرین و بدون توجه به تقسیم‌بندی مزبور اجمالاً به تحلیل ماهیت سهم پرداخته که نتیجه‌گیری ایشان مورد تأیید و استفاده نگارندگان واقع شده است.

## ۲. تحلیل دیدگاه حقوقدانان و حقوق خارجی

در حقوق ایران بحث‌های محدودی در رابطه با ماهیت حقوقی سهام مطرح شده است به گونه‌ای که برخی از حقوقدانان این بررسی‌ها را به مواردی همچون منقول یا غیرمنقول بودن سهم محدود کرده‌اند (صقری، ۱۳۹۰، ص ۱۳۸؛ کاتبی، ۱۳۷۲، ص ۳۷)، در عین حال حقوقدانانی که به تحلیل این تأسیس حقوقی پرداخته‌اند عمدتاً بر مبنای مسائل مطرح شده در حقوق خارجی و بر اساس تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی به تحلیل آن پرداخته‌اند. برخی اصلاً سهام را مال و یا حق مالی نمی‌دانند (لنگرودی، ۱۳۶۸، ص ۴۲)، گروهی آن را حق دینی (شعاریان و تفرشی، ۱۳۸۱) می‌دانند. برخی نیز بین سهام با نام و بی نام تفاوت قائل شده‌اند و سهام با نام را جزء دیون شرکت به شرکاء دانسته‌اند (الماسی، ۱۳۸۹، ص ۱۹۴). دکتر کاتوزیان در تحلیل دقیق‌تری (و البته بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور) بر این عقیده‌اند که حقوق سهامداران نه کاملاً با حق عینی مطابقت دارد و نه با حق دینی. ایشان حقی که شریکان در شرکت‌های تجاری دارند را با ساختمان هیچ یک از حقوق عینی و دینی یکسان نمی‌دانند. از نظر ایشان در اثر

قرارداد حقوق عینی شرکاء بر سرمایه تبدیل به حق خاصی می‌شود که موضوع آن درآمد مربوط به منافع سالیانه است (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۶۰).

دکتر ستوده تهرانی نیز برای سهام دو معنا قائلند: یکی حقوقی که شریک در شرکت دارد و دیگری برگ بهاداری است که نه تنها حق شرکاء را تأیید می‌کند بلکه نماینده و نماینگر حق مذکور می‌باشد. ایشان در تبیین ماهیت حقوقی سهامداران با تفکیک سهم و ورقه سهم، معتقدند حقوقی که به سهام تعلق می‌گیرد با خود سهم ادغام شده، در نتیجه حق مالکیت بر سهام دیگر حق دینی تلقی نشده و حق عینی می‌باشد که به مال معینی یعنی سهم تعلق می‌گیرد (ستوده تهرانی، ۱۳۸۸، ص ۷۱). برخی از دیگر مؤلفین که سعی در تحلیل مفصل و صحیح این اوراق و به نوعی تکمیل نظریه دکتر ستوده تهرانی داشته‌اند نیز به همین راه رفته و بر مبنای تقسیم‌بندی مزبور که قرائت دیگری از تقسیم حقوق اموال و تعهدات است این اوراق را تحلیل کرده‌اند. این گروه با تأکید بر سهام پذیرفته شده در بورس بر این عقیده‌اند سهام پذیرفته شده در بورس اموالی در نوع خاص خودشان هستند که از یک سو در رابطه ناشر تابع حقوق تعهدات (قراردادها) و از سوی دیگر در مقابل اشخاص ثالث تابع حقوق اموال است (غمامی و ابراهیمی، ۱۳۹۱، ص ۱۲۹). از نظر ایشان هر چند سهام مخلوق قراردادی است که یک یا چند نفر به موجب آن توافق می‌کنند سرمایه و شخصیت حقوقی مستقلی ایجاد کنند، اما این مخلوق از لحاظ ماهیت از خالق خود متمایز می‌گردد و ماهیت مستقلی می‌یابد.

ایشان بر این عقیده‌اند حقوق عالم اعتبارات است و این قابلیت حقوق و اعتبار دادن شخصیت حقوقی این امکان را فراهم می‌کند که سهم که زائیده حقوق قراردادهاست و در ابتدا یک حق ناشی از قرارداد و تعهد تلقی می‌شود، پس از ایجاد با انعکاس حقوق آن در ورقه بهادار به یک دارائی عینی تبدیل می‌شود. به عبارتی همان‌گونه که شرکت پس از ایجاد دارای شخصیت حقوقی جدای از ایجادکننده‌گان آن می‌گردد، سهم نیز مفهوم حقوقی است که به اعتبار مفهوم شرکت ایجاد می‌شود و پس

از ایجاد از قرارداد منشاء شکل‌گیری خود متمایز می‌شود. سهم در مقابل شرکت یک حق ناشی از قرارداد بین سهامداران است (حق دینی) اما در مقابل انتقال‌گیرنده و سایر اشخاص عین است (همان، ص ۱۳۹).

در واقع از این منظر، ورقه سهام ورقه‌ای است که حقوق مربوط به سهام در آن منعکس شده است و می‌تواند بر طبق مقررات حاکم بر اموال عینی انتقال داده شود. لذا اگر ورقه سهم انتقال داده شود خریدار نه تنها مالکیت سند را به دست می‌آورد بلکه نسبت به تمامی حقوق مربوط به سند محق می‌شود. حقوقی که به سند اوراق بهادار مربوط می‌شود با سند ادغام می‌شود و سند را یک دارایی عینی می‌سازد. از این رو تمام آثار یک حق عینی که کامل‌ترین آن حق مالکیت است به ورقه بهادار تعلق می‌گیرد.

در هر حال همان‌گونه که گذشت هر یک از طرفداران نظریات مطروحه فوق با تأکید بر تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی که قرائت دیگری از تفکیک حقوق اموال از حقوق تعهدات می‌باشد به تحلیل ماهیت سهام و ورقه سهم پرداخته‌اند که این رویکرد کاملاً مورد انتقاد است. تحلیل تأسیس‌های حقوقی بر اساس یک تأسیس کاملاً وارداتی (تقسیم حقوق عینی و دینی) نه تنها صحیح نیست بلکه منجر به برهم ریختن سایر مفاهیم و تأسیس‌های بومی نیز می‌گردد. به‌علاوه اصل پذیرش این تقسیم‌بندی در حقوق داخلی با وجود نظریه مال کلی بر ذمه به شدت مورد تردید است و پذیرش تقسیم‌بندی سنتی حق و ملک مورد پیشنهاد نگارندگان می‌باشد؛ تقسیم‌بندی که با نهادها و تأسیس‌های حقوق اسلامی کاملاً سازگار و منطبق می‌باشد و به تحلیل هر چه دقیق‌تر مفاهیم حقوقی نیز خواهد پرداخت. به‌علاوه تفکیک ماهیت حق سهامداران اولیه شرکت با سایر سهامداران و انتقال‌گیرندگان سهام، چندان صحیح نیست زیرا در هر حال سهامداران اولیه شرکت حق خود را خواه عینی و خواه دینی به خریداران منتقل می‌کنند و صرف انتقال یا صدور و انتشار اوراق سهم، ماهیت حق را تغییر نمی‌دهد. ادغام حقوق متعلق به سهم با خود ورقه و سند سهم نیز دلیلی بر تبدیل این

حق به عینی تلقی نمی شود، زیرا در هر حال خود سند و نوشته بر خلاف اسکناس و پول فی نفسه نه ارزش مالی اعتباری دارد و نه ماهیت حقوقی مستقل، بلکه دلالت بر حق سهامدار می نماید. به بیان دیگر ماهیت سهم و ورقه سهام با پول و اسکناس قابل مقایسه نیست.

در این رابطه می تواند به آثار و تفاوت تلف پول و ورقه سهام اشاره کرد. به عنوان مثال اگر فردی مبلغی پول از دیگری تلف کند در هر حال به میزان مبلغ اسمی پول حداقل ضامن خسارت است چرا که مستقیماً بخشی از دارایی دیگران را از بین برده است و بر اساس قاعده اتلاف ضامن می باشد. اما اگر فردی اوراق سهامی را تلف کند آیا، دارایی متعلق به دارنده سهام را از بین برده است تا او را به میزان مبلغ اسمی یا ارزش واقعی سهم ضامن بدانیم؟ بی تردید حداقل در رابطه با سهام با نام پاسخ منفی است زیرا ورقه سهم صرفاً حکایت از حق دارنده در شرکتی دارد که تلف این محکی سبب زوال حق شریک و سهامدار نخواهد شد. در رابطه با سهام بی نام نیز به نظر تلف ورقه سهام مستقیمی هیچ گونه خللی در حقوق دارنده ندارد، اما به دلیل اینکه دارنده مدرک و سند دارندگی خود را از دست داده است و فعلاً تا زمان اثبات مالکیت خود از بخشی از حقوق و منافعش باز می ماند، می توان اتلاف کننده را ضامن خسارات دانست اما در هر حال مالکیت دارنده قابل اثبات است و این اثبات مالکیت دلالت بر این می کند که صرف اتلاف ورقه سهم، سبب زوال حق دارنده نمی شود به تبع، دلالت بر این می نماید که ورقه سهم در هر حال ارزش مستقل (حتی اعتباری) ندارد و بر خلاف پول و اسکناس صرفاً سند است و نه چیز دیگر.

در تأیید این دیدگاه می توان به نقل قولی از تحریرالوسیله حضرت امام (ره) در باب تمایز اوراق تجاری و اوراق اسکناس اشاره نمود: «ورقه های سفته و سایر اوراق تجاری، دارای مالیت و از نقود نیستند و معاملاتی که به آنها واقع می شود به خود آنها واقع نمی شود، بلکه به نقود و غیر آنها که اوراق از آنها حکایت می کند، می باشد و دادن

آنها به طلبکار، ذمه مدیون را ساقط نمی‌کند و اگر چیزی از آنها در دست غاصب و مانند آن تلف شود، یا شخصی آن را تلف کند به ضمان تلف یا اتلاف، ضامن نمی‌باشد و اما اوراق نقدی، مانند اسکناس و دینار و دلار و غیر آنها دارای مالیت اعتباری می‌باشند و آنها مانند دینار و درهم مسکوک از طلا و نقره نقود می‌باشد و دادن آنها به طلبکار مسقط ذمه مدیون است و در تلف و اتلاف آنها مانند سایر اموال ضمان است» (امام خمینی، ۱۴۲۵، ج ۴، ص ۴۵۷).

بنابراین ماهیت سهم را می‌بایست در ماهیت حق سهام‌دار در شرکت جستجو نمود؛ آن هم نه بر مبنای تقسیم‌بندی حقوق عینی و دینی بلکه بر اساس تأسیس‌های بومی و نهادهای اسلامی و بر مبنای تفکیک حق و ملک.

گفتنی است دیدگاه رایج حقوقدانان کاملاً با دیدگاه‌های مطرح در حقوق خارجی نیز منطبق است. به عنوان مثال ماهیت حقوقی اوراق بهادار به ویژه سهام در حقوق آلمان و اتریش موضوع مباحث عمیق بوده است. به موجب دیدگاه اولیه و غالب در این دو کشور، هر چند اوراق سهام به صورت اسناد کاغذی صادر می‌شود، اما به عنوان اموال عینی طبقه‌بندی نمی‌گردیدند و در بسیاری از تحقیقات حقوقی به عنوان debt یا obligation که غیرعینی هستند، تقسیم‌بندی می‌شدند اما از اواسط قرن ۱۹ اوراق بهادار جهت سهولت نقل و انتقال و با توجه به تأکید بر سند کاغذی ورقه بهادار به عنوان اموال عینی طبقه‌بندی می‌شوند (Micheler, 2007, pp. 1° 150).<sup>۱</sup>

### ۳. نقل و انتقال سهام بر مبنای حق شخصی

ابتداً در نظام حقوقی رومی ژرمنی با توجه به تحلیل سهم بر مبنای تعهد انتقال آن نیز به سادگی قابل تحلیل نبود، زیرا تعهد که ریشه در حقوق روم دارد، یک رابطه کاملاً شخصی محسوب و انتقال آن حتی به واسطه مرگ نیز امکان‌پذیر نبود و ساقط می‌شد (Zimmermann 1992, p. 2). بر اساس تغییر و تحولات صورت گرفته، انتقال قهری با مرگ مورد پذیرش قرار گرفت، اما انتقال ارادی نفس تعهد یا حق شخصی به دلیل

جوهره تعهد که رابطه شخصی می‌باشد، امکان‌پذیر نبود. در عین حال نهادهایی از جمله نهاد تبدیل تعهد، جهت رفع نیازهای اقتصادی طرفین، اندیشیده شد.

در دورانی که تعهد رابطه حقوقی بین دو شخص تلقی می‌شد و قابل انتقال به دیگران نبود، هرگاه به تغییر یا انتقال تعهد نیازی احساس می‌گردید، دو طرف تعهد ناچار بودند تعهد را ساقط کنند و تعهد دلخواه دیگری را به جای آن نشانند (کاتوزیان، ۱۳۸۹، ص ۱۹۸). در واقع تبدیل تعهد، انحلال یک تعهد بوسیله جایگزین نمودن و عوض کردن آن با تعهد دیگری است؛ خواه به وسیله تعویض و یا عوض کردن شرایط اساسی یا جایگزین نمودن مدیون یا دائن آن (E.Agpalo, 2008, p. 5).

در آن دوران اگر طلبکار، قصد انتقال طلب خود به دیگری یا مدیون قصد انتقال دین خود به ثالث را داشت، هر یک ناچار بودند رضایت دیگری را هم جهت انتقال کسب نمایند و انتقال طلب بدون رضای مدیون و انتقال دین بدون رضای دائن، امکان‌پذیر نبود (Pretto-sakmann, 2005, p. 117).

با ظهور مکتب مادی تعهد، از جنبه شخصی آن کاسته شد و به موضوع تعهد که دارای ارزش مالی بود اهمیت بیشتری داده شد. از جمله اهداف اساسی طرفداران مکتب مادی، عبور از موانع غیرمنطقی و پیچیده نظریه سنتی شخصی تعهد در نقل و انتقال آن بود، که از این حیث، آنها بر مکتب شخصی فائق آمدند و تقریباً در همه کشورها انتقال طلب به رسمیت شناخته شد (ابوعمر و، ۲۰۱۰، ص ۱۳). البته از حیث سایر جهات، تعهد وصف سابق خود را حفظ کرده و ماهیتاً این رابطه، یک رابطه شخصی محسوب می‌شود. بر اساس نفوذ مکتب مادی تعهد، صرفاً موضوع تعهد به عنوان مالی با ارزش در جهان اقتصاد پذیرفته شد و رابطه آن با شخصیت طلبکار و بدهکار و به سستی گرائید. طبیعی بود که به دنبال آن در معاملات از این تکامل به خوبی استفاده شود و جنبه مثبت تعهد یا همان طلب، به وسیله «انتقال طلب»<sup>۲</sup>، به عنوان یک نهاد نوظهور پذیرفته شود (کاتوزیان، همان، ص ۱۶۹). بنابراین حق ناشی از تعهد



که یک حق شخصی محسوب می‌شود، نوعی مال تلقی گردید و قابلیت انتقال یافت. از این رو اگر انتقال در مقابل ثمن نقدی باشد، در این صورت حکم بیع را داشته و ممکن است تبرعی باشد که حکم هبه را دارد و ممکن است وثیقه دین دیگری باشد، که حکم رهن را دارد (سلطان، بدون تاریخ، ص ۳۰۵).

در حقوق کامن‌لا نیز که اوراق بهادار و سهام مال غیرمادی و شی مورد دعوی (Chose in action) تحلیل می‌شود (Micheler, 2007, p. 20).<sup>۳</sup>

ابتدأ انتقال سهام به سادگی امکان‌پذیر نبود. این اموال که سهام یکی از مصادیق آن محسوب می‌شود (LE Talbot, 2008, p. 57).<sup>۴</sup> ابتداً به دلالتی از جمله نظم عمومی و جلوگیری از مداخله اشخاص ثالث در دعاوی و شرخری و به دلیل ماهیت کاملاً شخصی آنها، غیر قابل انتقال بودند که با تلاش‌های انصاف این رویکرد تغییر پیدا کرد و این اموال ابتدا در انصاف قابلیت انتقال پیدا کرد؛ سپس با وضع قانون قضایی و قانون اموال ۱۹۲۵، کامن‌لا نیز مجبور به تغییر موضع خود شد و این اموال، همانند اموال مادی و حقیقی، مال محسوب شده و قابلیت نقل و انتقال پیدا کردند. لازم به ذکر است تا قبل از پذیرش رویکرد جدید، در کامن‌لا همانند حقوق نوشته، تنها سبب انتقال اوراق بهادار و سهام، تبدیل تعهد<sup>۵</sup> بود (Liang, 2013, pp. 1-59)، که در این سیستم نیز بر اساس تبدیل تعهد، تعهد سابق می‌بایست ساقط شده و رابطه جدیدی ایجاد شود؛ «تریتل»، نویسنده معروف انگلیسی نیز تبدیل تعهد را یک قرارداد بین متعهد و متعهدله و شخص ثالث می‌داند که رضایت متعهد و متعهدله از شرایط تحقق آن محسوب می‌شود (Treitel, 2010, p. 673). البته دارنده حق با اعطای نمایندگی به شخص ثالث نیز می‌توانست اقدام به انتقال حقوق خود را کند، که این امر نیز ماهیتاً وکالت محسوب و نواقص خاص خود را داشت (Stone, 2009, p. 173) که به دلیل عدم تفاوت ماهوی با حقوق نوشته از شرح مجدد آن خودداری می‌کنیم.

در عین حال همانند حقوق رومی ژرمنی جنبه شخصی تعهدات و حقوق ناشی از آن کم‌رنگ شد و جنبه مثبت آن که مال مورد دعوی محسوب می‌شود با تغییر رویکرد صورت گرفته در کامن‌لا، قابلیت نقل و انتقال پیدا کرد. در اثر «انتقال طلب»<sup>۶</sup>، انتقال گیرنده بدون اینکه رابطه قراردادی با متعهد پیدا کند، مالک این اموال می‌گردد و می‌تواند علیه متعهد اقامه دعوا نماید (Tolhurst, 2006, p. 365).

بنابراین یکی از علل ضرورت تحلیل اوراق بهادار بر مبنای حقوق اموال و حقوق عینی ریشه در تاریخچه حقوق تعهدات این دو نظام دارد که امروزه با توجه به اینکه جنبه مثبت تعهدات نیز همانند حقوق عینی قابل نقل و انتقال گردیده است، تحلیل تصنعی انعکاس حقوق سهامدار در سند کاغذی و ادغام حقوق شخصی دارنده در آن و تبدیل حقوق شخصی به حقوق عینی چندان ضرورتی ندارد.

#### ۴. تحلیل فقهی ماهیت سهام

در رابطه با ماهیت سهام و حق شریک در شرکت‌های تجاری، در صورتی که حق او را نوعی طلب از شرکت محسوب نماییم، برخلاف حقوق خارجی مشکل چندانی جهت تحلیل ماهیت و قابلیت نقل و انتقال سهام وجود ندارد، زیرا در حقوق اسلامی، طلب ماهیت متفاوتی نسبت به حق شخصی و طلب در حقوق خارجی دارد. در حقوق اسلامی، تأسیس دین به معنای مال کلی بر ذمه است. دین یکی از مصادیق اموال است، البته یک مال اعتباری و نه خارجی و به سادگی متعلق رابطه مالکیت قرار می‌گیرد. براساس مبانی فقه امامیه «مالکیت عرض خارجی نیست»، بلکه از اعتبارات عقلایی است و لذا مانعی از اعتبار کردن آن در یک موضوع اعتباری دیگر وجود ندارد. دین و یا مال کلی بر ذمه، معدوم مطلق نیست، بلکه موجود به وجود اعتباری است و این موجود اعتباری گاهی در ذمه و گاهی در خارج از ذمه، اعتبار می‌شود و با این وصف، عَقْلًا آن را ملک و قابل تملک می‌دانند (خمینی ۱۴۲۱، ج ۱، صص ۱۷ و ۱۸). در این خصوص اگرچه ذمه مدیون نقش کلیدی در مالیت انگاری اعیان کلی دارد، اما در هر

حال رابطه‌ای که دائن با دین دارد یک رابطه مستقیم از جنس مالکیت است و ضرورت اضافه دین به ذمه مدیون، نافی این موضوع نخواهد بود و بنابراین دائن دین همانند مالک اعیان خارجی می‌باشد و از اوصاف و ویژگی‌های مالکیت بهره‌مند است. بنابراین جوهره «دین» در حقوق اسلامی با تأسیس Debt در حقوق خارجی متفاوت است. این جوهره متمایز آثار و توابع مثبت بسیاری زیادی را به ارمغان می‌آورد، به عنوان مثال در حقوق اسلامی هیچگونه تردیدی در قابلیت نقل و انتقال «دین» وجود ندارد و بیع و حواله دین با هیچ اشکالی مواجه نیست و در صورت تحلیل سهام، بر مبنای دین و طلب (دین و طلبی که پس از انحلال قابل وصول است) سهامدار بدون هیچ مانعی حق واگذاری طلب خود از شرکت به غیر را دارد. در حالی که در حقوق خارجی همان‌گونه که گذشت، تحلیل سهم بر مبنای تعهدات از جمله موانع قابلیت نقل و انتقال آن محسوب می‌شد. در عین حال اگر چه برخی به صراحت اسناد با نام از جمله سهام با نام شرکت‌ها را جزء دیون محسوب می‌کنند (الماسی ۱۳۸۹، ص ۱۹۴)، لیکن بدون تردید تحلیل حق شریک در شرکت بر مبنای دین و طلب صحیح نیست و سهامدار طلبکار شرکت محسوب نمی‌شود و حق شریک در شرکت با حق دائن نسبت به مدیون قابل قیاس نیست.

قانونگذار با بیان مبهمی در ماده ۲۴ لایحه قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷، سهم را اینگونه تعریف کرده است: سهم قسمتی از سرمایه شرکت سهامی است که مشخص میزان مشارکت و تعهدات و منافع صاحب آن در شرکت سهامی می‌باشد. ورقه سهم، سند قابل معامله‌ای است که نماینده تعداد سهامی است که صاحب آن در شرکت سهامی دارد». در این راستا می‌توان واژه سهم را از دو زاویه تحلیل نمود. از یک زاویه، سرمایه شرکت سهامی به اجزای ریز مساوی با مبلغ اسمی معین تقسیم می‌شود که هر جزء آن سهم نامیده می‌شود و سرمایه اولیه اسمی شرکت از مجموع مبالغ اسمی سهام که از پذیره‌نویسان دریافت می‌شود، تشکیل می‌شود و از این

رو می‌توان گفت، هر سهمی بیانگر مبلغی پول است که به عنوان ارزش اسمی آن در نظر گرفته می‌شود. از سوی دیگر و با زاویه دید متفاوت، سهم عنوانی است که برای تعریف و شناسایی حق سهامدار در شرکت به کار گرفته می‌شود؛ این عنوان و این واژه که فی نفسه می‌تواند غلط‌انداز و گمراه‌کننده باشد و در ذهن شنونده مفهوم سهم مالکانه و مالکیت مشترک را تداعی کند، بیانگر آن است که دارنده سهم به تعداد سهامی که پذیره‌نویسی نموده و به او اختصاص یافته، آورده داشته و به آن میزان در تشکیل سرمایه شرکت مشارکت داشته است و از آن پس، تعهدات و منافع او بر مبنای تعداد سهام وی تعریف و مشخص می‌شود (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۱۳۷)، اما به هیچ وجه به معنای مالکیت مشاع او در سرمایه یا دارایی شرکت نیست. ساختارهای حقوقی شرکت‌های تجاری با وجود شخصیت حقوقی مستقل، ماهیت متفاوتی نسبت به شرکت‌های مدنی دارد و سهامدار مالک مشاع اموال شرکت نیست بلکه شرکت خود مالک اموال و دارایی خویش است. اما از سوی دیگر می‌توان این گونه تحلیل نمود که خود شرکت موضوع حق و مملوک سهامداران است. در این رابطه موضوع مالکیت، مال عینی و ملموس نیست. بلکه شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری موضوع مالکیت قرار می‌گیرد و هر یک از اعضا یا سهامداران شرکت به نسبت میزان سهام خود در این مالکیت سهیم و شریک هستند. بدین ترتیب نوعی مالکیت مشاع تحقق می‌یابد که موضوع آن نه عین مادی خارجی، بلکه یک مال اعتباری است. مالی که وجود آن در عالم اعتبار فرض می‌شود و مالکیت آن بر اساس ارزش تجارت در جریان تقویم و محاسبه می‌شود (عبدی‌پور، ۱۳۹۱، ص ۱۳۸).

گفتنی است در حقوق اسلامی تصور رابطه اعتباری مالکیت نسبت به موضوع اعتباری و مفهوم ذهنی (بر خلاف حقوق خارجی) بی سابقه نیست و در این رابطه می‌توان به مالکیت دین و یا مال کلی بر ذمه اشاره نمود. همان‌گونه که گذشت در حقوق اسلامی متعلق مالکیت می‌تواند مال کلی و اعتباری یا همان دین و طلب باشد

در حالی که در حقوق خارجی حق شخصی یک رابطه حقوقی بین دو شخص است که بر اساس آن، طلبکار مستحق درخواست اجرا و دیگری متعهد و ملزم به انجام تعهدی می‌باشد که به عهده گرفته<sup>۷</sup> و نشانی از مالکیت ندارد و تنها حق عینی سلطه‌ای بین شخص و شیء محسوب می‌شود. به بیان دیگر، حقوقی که بر اساس وجود و موقعیت یک شی قابل مطالبه باشد، حقوق عینی یا Right in Rem می‌باشند. ریشه لغت لاتینی Res است که این لغت به معنای Thing و Right in Rem به معنی حق برشی یا حقوق نسبت به اشیا می‌باشد (Pretto- sakmann 2005, p. 90). از این حیث، موضوع حق عینی همیشه یک شی مادی مشخص و مفروز است و در عالم خارج، معین و قابل رویت و می‌توان به آن اشاره کرد. این یک سلطه مستقیم است که مالک تنها طرف آن محسوب می‌شود (Faber & Lurger, 2011, p.17). رابطه اعتباری مالکیت مهمترین مصداق حقوق عینی است که تنها به اعیان خارجی تعلق می‌گیرد. البته امروزه با پیشرفت‌های صورت گرفته و تغییر مفهوم مال به خصوص در نظام حقوقی کامن‌لا، متعلق رابطه مالکیت می‌تواند شی غیرمادی و یا امر اعتباری نظیر شرکت (به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری) باشد (Wheeler Cook, 1916, p. 829)، به این صورت که شرکت تجاری دارای شخصیت حقوقی همان‌گونه که خود مالک اموال و دارایی‌ها و صاحب حق و تکلیف می‌باشد، خود نیز مملوک سهامداران و موضوع و متعلق حقوق آنان است (Cahn & Donald, 2010, p. 260).<sup>۸</sup>

در هر حال تصور رابطه مالکیت نسبت به موجودات اعتباری در حقوق اسلامی بی‌سابقه نیست و می‌توان رابطه شریک با شرکت و حق سهامدار در شرکت را بر این مبنا نیز تحلیل نمود. البته آنچه مورد تردید است و در فقه اسلامی سابقه‌ای ندارد، تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به امور صرفاً اعتباری و اموال و اشیائی می‌باشد که حتی مصداق خارجی هم ندارند و کاملاً ذهنی و اعتباری می‌باشند که در ادامه و در قالب تحلیل ماهیت قرارداد واگذاری سهام به این اشکال و تردید خواهیم پرداخت.

از دیدگاه دیگر و بر مبنای حق و نه ملک می‌توان رابطه سهامداران با بنگاه تجاری را تحلیل نمود. بر اساس تحلیل دوم و بر مبنای عدم‌پذیرش شرکت به عنوان یک مفهوم اعتباری که مملوک سهامداران واقع می‌شود، سهامداران مالک یا مالکان بنگاه نیستند چرا که رابطه اعتباری مالکیت نیازمند مملوک بالفعل است که در رابطه با سهم وجود ندارد<sup>۹</sup> (ترابی، ۱۴۲۵ق، ص ۸۶). با تأسیس شرکت و تولد شخص حقوقی، مالکیت آورده‌ها به شخص حقوقی انتقال می‌یابد و سهامداران دیگر سهمی از مال مشترک ندارند و مالک خود بنگاه نیز محسوب نمی‌شوند بلکه حداکثر توصیف حقوقی رابطه آنها با شرکت این است که آنها حق برخورداری از سود سالانه سهام و حق تملک باقیمانده سرمایه و دارایی شرکت پس از انحلال و تصفیه شرکت را دارند. در واقع سهم بیانگر حق یا امتیاز خاصی برای سهامدار است؛ حقی که خود، دربردارنده امتیازهای گوناگون از جمله حق برخورداری از سود سالانه سهام، حق حضور و حق رأی در مجامع عمومی، حق استرداد بخشی از دارایی و اموال باقیمانده شرکت پس از انحلال و... است.

از این منظر نیز بدون نیاز به مباحث مطرح در حقوق خارجی که سهام از حق دینی تا حق عینی در نوسان است، بر مبنای تأسیس «حق» که سلطه‌ای متفاوت از سلطه مالکانه است (و فارغ از تقسیم‌بندی مزبور)، قابل تحلیل می‌باشد و حق سهامدار در قسم حقوق قابل اسقاط و نقل اعم از تبرعی و معوض قرا می‌گیرد که در این صورت نیز سهامدار بدون هیچ گونه مانعی حق واگذاری سهم خود به غیر را دارد.

ناگفته نماند در دو تحلیل ارائه شده از ماهیت سهام، پذیرش شخصیت حقوقی شرکت‌ها در حقوق اسلامی را مفروغ‌عنه گرفته‌ایم و الا در صورت عدم شناخت این شخصیت مستقل (حائری، ۱۳۷۹؛ سیستانی، ۱۳۸۹، ص ۴۹۴؛ فیاض، بی‌تا، صص ۱۸۷ و ۱۹۷)، ماهیت سهام چیزی جز مالکیت مشاع نسبت به اموال و دارایی‌های شرکت نخواهد بود. در واقع از دیدگاه برخی از فقهای معاصر، شرکت تجاری همانند

شرکت‌های مدنی به عنوان نوعی مالکیت مشترک است و سهامدار یکی از شرکای این شرکت و مالک مشاع بخشی از این دارایی است که ورقه سهام نیز سند آن می‌باشد. از این منظر یا شرکت‌های تجاری فاقد هرگونه شخصیت حقوقی مستقل هستند و یا شخصیت حقوقی آنها محدود به اموری همچون اداره آن خواهد بود اما از حیث نظام مالکیت اموال با شرکت‌های مدنی تفاوتی ندارند. لیکن این دیدگاه با فلسفه وجودی شرکت‌های تجاری و شخصیت حقوقی مستقل آنها که مورد پذیرش قانونگذار واقع شده، سازگار نمی‌باشد. در بخش آینده اثر پذیرش این دیدگاه را نیز بررسی می‌نمائیم.

#### ۵. تحلیل فقهی ماهیت قرارداد واگذاری سهام

همان‌گونه که گذشت در حقوق خارجی با توجه به تحلیل سهام بر مبنای تعهد و همچنین نظر به عدم تصور رابطه اعتباری مالکیت نسبت به امور اعتباری و غیرمادی، سابقاً انتقال سهام از مصادیق انتقال یا تبدیل تعهد محسوب می‌شود و استفاده از سازوکارهای عقود تملیکی نظیر عقد بیع برای انتقال سهم امکان‌پذیر نبود. اما بر فرض پذیرش سهم در حقوق اسلامی بر مبنای طلب سهامدار از شریک، بدون تردید انتقال سهم مصداق بیع دین تلقی می‌شود که جز در صورت بیع دین به دین، فروش سهام با مانعی روبرو نیست اما همان‌گونه که گذشت تحلیل حق شریک بر مبنای طلب صحیح نیست. آنچه می‌ماند تحلیل سهام بر مبنای مالکیت مشاع شریک نسبت به خود بنگاه اقتصادی و تحلیل سهام بر مبنای حق می‌باشد و پاسخ به این سوال که در صورت پذیرش هر یک از تحلیل‌های فوق، قرارداد واگذاری سهام بر اساس کدام یک از عقود معین یا غیر معین قابل تحلیل است؟ آیا می‌توان انتقال سهم را از طریق عقد بیع انجام داد یا اینکه در هر حال عقد بیع مختص تملیک اعیان است و تحلیل سهام بر این مبنای صحیح نیست؟

در صورت پذیرش ماهیت سهم بر مبنای مالکیت خود بنگاه اقتصادی که یک امر اعتباری و ذهنی می‌باشد با تردید کمتری می‌توان قرارداد واگذاری را بر اساس عقد

بیع تحلیل نمود. اگر سهم را مبین مالکیت سهامدار بر شرکت یا بنگاه تجاری به نحو مشاع بدانیم، فروش سهام به معنای این است که سهامدار به عنوان مالک جزء مشاعی از بنگاه تجاری، سهم مالکانه خود را به خریدار تملیک می‌کند. البته در این تحلیل مبیع عین خارجی نیست بلکه مبیع خود موجود اعتباری به نام شرکت یا بنگاه تجاری است و هر سهامداری مالک جزء مشاعی از این موجود اعتباری است (عبدی‌پور، همان، ص ۱۴۵). در عین حال اشکال قابل طرح بر این دیدگاه این است که اگر حق سهامدار را نوعی مالکیت مشاع بر خود بنگاه تجاری بدانیم آیا موضوع این مالکیت «عین» است تا تملیک آن را بیع بدانیم؟ البته این اشکال فارغ از دیدگاهی است که تملیک عین در عقد بیع را به تملیک عین خارجی تفسیر می‌نمایند و بیع عین کلی را عهدی می‌دانند چرا که از نظر نگارنده و بر اساس مبانی فقه اسلامی عین به سه قسم خارجی کلی در معین و کلی تقسیم می‌شود و هر سه قسم قابل تملک هستند و در هر حال عقد بیع چه نسبت به عین معین و چه عین کلی تملیکی است. آنچه در رابطه سهام و انتقال آن بر اساس عقد بیع سبب تردید می‌گردد اینکه آیا می‌توان بنگاه تجاری و شرکت که امر اعتباری می‌باشد را یکی از اقسام «عین» محسوب نمود؟

بر خلاف دیدگاه حقوقدان خارجی (و البته برخی از حقوقدانان ایران) که عین را مال خارجی قابل لمس می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۵)، فقها عین را محصور در مال خارجی نمی‌دانند و در تعریف عین بیان می‌دارند «عین چیزی است که اگر در خارج وجود یافت، جسمی می‌باشد که دارای طول و عرض و ارتفاع می‌باشد» (خویی ۱۴۱۷ق، ج ۲، ص ۱۶)<sup>۱۱</sup>. در این رابطه اگرچه اموال کلی و دیون نیز یکی از اقسام عین محسوب می‌شود اما در تعریف عین به امکان تحقق عین در خارج نیز تأکید شده است و چیزی عین است که اگر در خارج تحقق پیدا کرد دارای طول، عرض و ارتفاع باشد. حال بر این اساس آیا شرکت و بنگاه اقتصادی به عنوان یک امر کاملاً اعتباری است امکان تحقق آن در خارج وجود دارد که آن را «عین کلی» بدانیم؟ ممکن است اینگونه



بیان شود که اشیاء و اموال اعتباری نه تنها خود وجود خارجی ندارد و صرفاً اعتباری هستند بلکه مصداق خارجی هم ندارند و با اموال کلی قابل قیاس نیستند و از این حیث نمی‌توان آنها عین محسوب نمود. به بیان دیگر اگرچه حقوق پیشرفته اسلام دیون و اموال کلی را نیز عین محسوب نموده و وجود اعتباری آن را برای تملیک و تملک کافی دانسته و عقد بیع کلی را نیز تملیکی محسوب نموده است، اما این تصور رابطه اعتباری مالکیت برای اموال کلی و تعلق آن به ذمه مدیون به اتکا و اعتبار مصداق خارجی آن می‌باشد و نه به صرف وجود ذهنی و خارجی. از این رو شهید صدر در درس خارج فقه مربوط به مبحث حواله اینگونه بیان می‌دارد: «ذمه ظرف اعتباری برای اموال رمزیه (اموال نمادین) می‌باشد و این ذمه آئینه و مرآتی برای اموال خارجی است. اگر دائن مالک مال رمزی در ذمه دیگری باشد، وفای آن عبارت است از تعیین مال رمزی در مال خارجی، و بین مال رمزی و مال خارجی دوگانگی نیست که وفای به عقد معاوضه صدق کند، بلکه مال رمزی همان مال خارجی می‌باشد» (صدر، بدون تاریخ، صص ۴۳-۷۱).

بنابراین اگرچه تصور امور اعتباری و تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به امور اعتباری و ذهنی نظیر مال کلی در فقه اسلامی بی سابقه نیست، اما تصور رابطه اعتباری مالکیت نسبت به امور کاملاً اعتباری که هیچ مصداق خارجی ندارند، سابقه‌ای در فقه اسلامی ندارد. به بیان دیگر متعلق مالکیت در حقوق اسلامی یا عین است یا منفعت و اشیاء غیرمادی و اعتباری محض نه عین محسوب می‌شوند و نه منفعت.

در پاسخ به این اشکال می‌توان گفت همانطور که در اعیان کلی، مال بعد از تعیین مصداق خارجی عینیت پیدا می‌کند سهم هم مال رمزی است که صرفاً بعد از انحلال تعیین و عینیت پیدا می‌کند. در واقع سهم هم قابلیت وجود و تعیین خارجی را دارد و می‌توان آن را شبیه به عین کلی دانست. در تأیید این دیدگاه می‌توان به ارزش واقعی سهام و یا حتی ارزش بورسی سهام اشاره نمود که رابطه مستقیم با بیلان و میزان دارایی

شرکت دارد که افراد به اعتبار آن اقدام به خرید سهام شرکت می‌کنند و در درجه اول به حق خود بر دارایی و سرمایه شرکت نظر دارند و در درجه دوم انتظار سود و سایر حقوق ناشی از مالکیت سهم را دارند. به بیان دیگر اگر چه به دلیل وجود شخصیت حقوقی مستقل شرکت، متعلق حق آنها به صورت مستقیم اموال و دارایی شرکت نیست اما غیرمستقیم این اموال و دارایی شرکت، متعلق حق آنهاست و مصداق خارجی وجود اعتباری شرکت، اموال و دارایی آن است و از این رو عقلاً برای ورقه سهم شرکتی که هیچ دارایی و سرمایه‌ای ندارد و یا کل سرمایه آن متعلق حق طلبکاران شرکت واقع شده باشد، ارزش و مالیتی قائل نیستند و کسی حاضر به خرید این سهام نیست.

در هر حال به نظر می‌رسد همان گونه که فقه اسلامی برای اعیان کلی (به اتکاء وجود خارجی آنها) و منافع که فی نفسه وجود خارجی و ملموس ندارند، بدون هیچ گونه تردیدی رابطه اعتباری مالکیت را پذیرفته است، پذیرش اعیان و اشیاء غیر مادی همچون شرکت‌های تجاری به عنوان یک موجود کاملاً اعتباری یا به اعتبار اموال و دارایی موجود شرکت که به صورت غیرمستقیم متعلق حق سهامداران نیز می‌باشد، با مانع چندانی روبرو نباشد و به سادگی بتوان با توسعه مفعوم عین که سابقاً به عین خارجی، کلی و کلی در معین تقسیم می‌شدند، اعیان غیر مادی و اعتباری را نیز عین دانست و بر این اساس تعلق رابطه اعتباری مالکیت نسبت به آنها را صحیح دانست.

در این راستا برخی از حقوقدانان که اموال کلی را عین محسوب نمی‌کنند و بیع کلی را تملیکی نمی‌دانند بر این عقیده‌اند که امروزه گونه‌های اموال جدیدی در روابط مالی اجتماع انسان‌ها پدید آمده است و در گذشته وجود نداشته مانند نرم‌افزار رایانه‌ای یا یک فیلم سینمایی و... که امروزه باید آنها را هم ردیف اموال عینی محسوب نمود زیرا هر چند این اموال خصوصیات مادی و فیزیکی با اموال عینی معمولی متفاوت است لیکن در مقام تحلیل مقایسه‌ای این گونه اموال را نمی‌توان در ردیف منفعت یا حق یا عمل جای داد چه این که منفعت، مالی است که از مال دیگر تولد می‌یابد و خود

استقلال ندارد بلکه وابسته به مال دیگری است و نیز حق خود به لحاظ وابسته بودن به مال عینی دیگر یا وابسته بودن به شخص دیگر، فاقد استقلال است (شهیدی، ۱۳۸۹، ص ۱۵). در هر حال به نظر می رسد تحلیل حق سهامداران در شرکت ها و بنگاه تجاری بر مبنای رابطه اعتباری مالکیت با مانع چندانی مواجه نیست و در این صورت واگذاری حق سهامدار بر اساس عقد بیع قابل توجیه است.

گفتنی است در صورت عدم پذیرش شخصیت حقوقی مستقل برای شرکت های تجاری که دیدگاه برخی از فقهای معاصر نیز می باشد، بیع سهام نیز بدون هیچ تردیدی صحیح است زیرا سهم، جزئی از مال مشترک بین شرکاست که سهامدار می تواند همانند هر مال مشاع دیگری بوسیله عقد بیع به دیگری تملیک نماید. همچنین در صورت پذیرش شخصیت حقوقی محدود برای شرکت های تجاری (اداره و مدیریت آن) نیز بیع آن با اشکالی مواجه نیست. در واقع فتوا به صحت بیع سهام شرکت ها از سوی برخی از فقهای معاصر بر این فرض استوار است که سهم در شرکت تجاری همانند سهم الشرکه در شرکت های مدنی، جزئی از دارایی و سرمایه شرکت می باشد (سیستانی، ۱۳۸۹، ص ۴۹۴، فیاض، بی تا، ص ۱۹۷).

لیکن استفاده از فتوای این گروه از فقها در تحلیل صحت بیع سهام در حقوق موضوعه و بازار سرمایه حاضر که شخصیت حقوقی مستقل به صورت کامل و گسترده مورد پذیرش قرار گرفته، و جاهتی ندارد. در عین حال استفاده از دیدگاه این گروه از فقها جهت اصلاح و تغییر قوانین موجود و بومی سازی نهادهای حقوقی، مسلماً آثار و احکام متفاوتی را به همراه دارد که شرح آن خارج از موضوع تحقیق است.

در صورت تحلیل ماهیت سهم و رابطه شریک با شرکت بر مبنای حق، مسأله با پیچیدگی بیشتری روبرو است و تحلیل قرارداد واگذاری بر اساس عقد بیع به سادگی امکان پذیر نیست زیرا ماده ۳۳۸ قانون مدنی بر مبنای دیدگاه مشهور فقها بیع را به «تملیک عین به عوض معلوم» تعریف نموده که بر این اساس علاوه بر شرط عین بودن

مبیع، انتقال مالکیت یا همان تملیک مبیع به عنوان جنس تعریف عقد بیع در نظر گرفته شده است. به بیان دیگر بر اساس این تعریف، بوسیله عقد بیع، بایع می‌تواند مالی که نسبت به آن رابطه اعتباری مالکیت داشته است را به دیگری تملیک می‌نماید. به تعبیر دیگر بیع تبدیل اضافه مالکیت است و سایر اضافات از جمله اضافه حقی که اضافه متفاوت از مالکیت است، قابل تبدیل نیست. بنابراین از آنجا که حق ملک نیست و مملوک ذی حق محسوب نمی‌شود، نقل و واگذاری آن، بیع محسوب نمی‌شود مگر اینکه مبنای یاد شده را اساساً رد کنیم و منکر دخول تملیک و تملک در ماهیت بیع شویم. در این راستا حضرت امام (ره) در مقابل کسانی که ماهیت عقد بیع را تملیک عین به عوض معلوم یا مبادله مال به مال می‌دانند، ماهیت بیع را تبدیل یا مبادله اضافات می‌دانند. از نظر ایشان افراد نسبت به اموال روابط اعتباری همچون مالکیت برقرار می‌نمایند که این روابط اعتباری به لسان فقهی اضافه مالکیت نامیده می‌شود و بوسیله عقد بیع، بایع این اضافه یا رابطه اعتباری خود با مال را در مقابل عوض به خریدار اعطا می‌نماید و این اعطا یا تبدیل اضافه مالکیت عین «تملیک عین» است. از نظر ایشان وجود اضافه مالکیت در اغلب مصادیق بیع، سبب دخالت آن در ماهیت بیع نمی‌شود و بنابراین اضافه مالکیت یا تبدیل اضافه مالکیت را در تعریف بیع دخیل نمی‌دانند. (امام خمینی، همان، صص ۱۹-۲۲).

ایشان برای اثبات مدعای خود در مقابل مشهور که اضافه مالکیت را در تعریف بیع دخیل می‌دانند به چند مثال نقض، همانند صحت صدق بیع بر بیع موقوفات و صحت بیع اجناسی که حاکم به عنوان زکات گرفته است، استناد می‌نمایند.

در خصوص موقوفات علی‌رغم این که مالکی وجود ندارد و اضافه رابطه اعتباری مالکیت نسبت به مال برقرار نیست و بلکه اعتبار خاصی بین مال و موقوف علیهم برقرار است، انتقال آن چه در روایات و چه در نظر اکثر فقها، تابع عقد بیع است، لذا صدق بیع بر موقوفاتی که اضافه مالکیتی وجود ندارد و یا صدق بیع بر انتقال اجناسی

که حاکم به عنوان زکات گرفته است و ملک کسی محسوب نمی‌شود، خود دلیل بر اثبات مدعاست که تملیک در ماهیت بیع دخیل نیست بلکه ماهیت بیع تبادل اضافه موجود بین بایع و مال با اضافه موجود بین خریدار و عوض است. از این رو اگر شخصی نسبت به مال یا چیزی سلطه و رابطه اعتباری از جنس حق داشته باشد همانند حق اختصاص و حق سرقفلی، جهت تبادل این اضافات می‌تواند از عقد بیع استفاده کند چرا که ماهیت عقد بیع تبادل اضافات است چه اضافه مالکیت و چه اضافه از جنس حق و یا هر نوع اضافه و سلطه دیگری همانند سلطه ولایت و سلطه حکومت (همان، ص ۲۶)، برخی از فقها گرچه اضافه مالکیت را در تعریف بیع دخیل نمی‌دانند لیکن بر این عقیده‌اند که مبیع باید عین باشد؛ به بیان دیگر بیع را تبدیل روابط اعتباری می‌دانند که نسبت به اعیان بر قرار است نه سایر اضافات و روابط اعتباری همانند روابط اعتباری از جنس حق (حسینی شاهرودی و خوئی، ۱۴۲۹، ج ۲، ص ۱۴).

نکته لازم به ذکر دیگر این که، حضرت امام(ره) برخلاف برخی از فقها که ماهیت حقوق را سلطه اعتباری ضعیف‌تر از مالکیت می‌دانند (نائینی، همان، ص ۴۲)، ماهیت حقوق را نوعی رابطه اعتباری خاص می‌دانند که نه اعم از مالکیت است و نه اخص از آن بلکه رابطه اعتباری و اضافه خاص و مستقلی است که عقلاً اعتبارنموده‌اند (امام خمینی، همان، ص ۴۳).

از دیگر دلائلی که حضرت امام(ره) جهت اثبات صحت بیع حقوق مالی استناد می‌نمایند، مفهوم عرفی بیع است. لفظ بیع نه از حقیقت متشرعه بر خوردار است و نه حقیقت شرعیه بلکه معنای آن عرفی است لذا با توجه به صدق عنوان بیع بر حقوق مالی نظیر بیع سرقفلی و... و نظر به عدم وجود دلیلی بر بطلان آن، از نظر شرعی نیز بیع سرقفلی صحیح است. به بیان دیگر ایشان با توجه به کاربرد آلی و ابزاری عرف در موضوع شناسی احکام، موضوع عقد بیع را به عرف واگذار می‌نمایند و بنای عرف و عقلاً را به شایستگی می‌پذیرند. همچنین از نظر ایشان تمسک مشهور به اجماع جهت

اثبات عینیت مبیع، با وجود این که اصحاب اتفاق بر این دارند که معنای بیع عرفی است، غیر قابل توجیه است (امام خمینی، همان، ص ۳۲).

گفتنی است، برخی از فقها عرفی بودن معنای بیع را می‌پذیرند اما بیان می‌دارند: «عرفاً نقل غیر اعیان بیع نامیده نمی‌شود لذا مبیع باید عین باشد!»<sup>۱۱</sup> (نایینی، همان، ص ۸۸)، که این بیان خود می‌تواند دلیل بر صحت بیع حقوق مالی در عصر حاضر باشد زیرا امروزه عرف تغییر نموده و موضوع بیع گسترش پیدا کرده و عرفاً بیع غیر اعیان هم بیع نامیده می‌شود.

بنابراین با توجه به اینکه اصالت و غلبه در معاملات در نظر شارع برامضا و توشیح بنای خردمندان قرار گرفته است و زبان نصوص در معاملات بر خلاف روند حاکم بر عبادات، زبان ردع و نهی است و نه تأسیس و اثبات (علیدوست، ۱۳۸۸، ص ۱۳۰) و نظر به اینکه نسبت به صدق عرفی بیع بر نقل و انتقالات حقوق مالی، نهی و ردعی وجود ندارد، پذیرش نظر حضرت امام(ره) امری بایسته و شایسته است.

به بیان دیگر احکام و آثار معاملات عمدتاً از امور عقلانی است و صحت شرعی معاملات تنها نیازمند احراز مطابقت آنها با عموماًست مگر در مواردی که ردع و تخطئه‌ای وجود داشته باشد (امام خمینی، ۱۳۷۳، ص ۱۶۳)، از این رو با توجه به اینکه بنای عقلا و خردمندان بر صحت بیع حقوق مالی قرار گرفته است و ردع و نهی نیز وجود ندارد، نظر مشهور و به تبع آن قانون مدنی قابل نقد و اصلاح ماده ۳۳۸ قانون مدنی با توجه به نیاز جامعه به پذیرش قانونی صحت بیع حقوق مالی، امری ضروری است. نکته لازم به ذکر دیگر اینکه به جز حضرت امام برخی از فقهای معاصر از جمله آیت‌الله مکارم شیرازی (مکارم شیرازی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۲) و آیت‌الله سبحانی نیز نظر به مفهوم عرفی عقد بیع و تأثیر زمان و مکان بر احکام شرعی بالاخص احکام معاملات، بیع حقوق مالی را صحیح می‌دانند که ذکر کلام ایشان خالی از لطف نیست: «کلمه بیع زمانی به معنای نقل اعیان یا تبادل مال با مال بود؛ ولی پدید آمدن شرایط جدید و

پیدایش حقوق و مالکیت‌های معنوی سبب شده که فهمی جدید از بیع پیدا شود و بر معاوضه حقوق نیز صادق باشد؛ مانند بیع «حق سرقفلی»، یا فروش «حق نشر»، «حق اختراع»، «حق تألیف» و مانند آن. شرایط جدید و پیدایش حقوق جدید در مجتمع انسانی فقیه را وادار به بازنگری در حقیقت بیع می‌کند و در نتیجه سبب تجویز بیع حقوق و امتیازات می‌شود (به نقل از مکارم شیرازی، ۱۴۲۷ق، ص ۲۸۱).

در هر حال از نظر تحلیل فقهی بر مبنای دیدگاه اخیر نیز میتوان قرارداد واگذاری سهم را بیع دانست اما از نظر حقوق موضوعه، به دلیل صراحت ماده ۳۳۸ در تعریف عقد بیع به تملیک عین، تبیین قرارداد واگذاری بر مبنای آن صحیح نیست و تا زمان اصلاح قانون مدنی، می‌بایست از راهکارهای جایگزینی همچون ماده ۱۰ قانون مدنی و یا عقد صلح استفاده نمود.

### جمع‌بندی و نتیجه‌گیری

از آنچه در این تحقیق مورد بررسی قرار گرفت نتایج ذیل قابل ذکر است:

۱- در خصوص ماهیت حق سهامداران با شرکت بر مبنای اصول و بنیان‌های حقوق اسلامی، می‌توان خود شرکت را موضوع حق و مملوک آنان دانست. در این رابطه موضوع مالکیت، مال عینی و ملموس نیست بلکه شرکت به عنوان یک مفهوم ذهنی و اعتباری موضوع مالکیت قرار می‌گیرد. تصور رابطه مالکیت نسبت به موجودات اعتباری نظیر شرکت‌های تجاری در حقوق اسلامی بی سابقه نیست و می‌توان به مالکیت مال کلی بر ذمه اشاره نمود.

۲- بر مبنای حق و نه ملک نیز می‌توان رابطه سهامداران با بنگاه تجاری را تحلیل نمود به این صورت که سهم بیانگر حق یا امتیاز خاصی برای سهامدار است؛ حقی که خود، دربردارنده امتیازهای گوناگون از جمله حق برخورداری از سود سالانه سهام، حق حضور و حق رأی در مجامع عمومی، حق استرداد بخشی از دارایی و اموال باقیمانده شرکت پس از انحلال و... است.

۳- اگر سهم را مبین مالکیت سهامدار بر شرکت یا بنگاه تجاری به نحو مشاع بدانیم، فروش سهام به معنای این است که سهامدار به عنوان مالک جزء مشاعی از بنگاه تجاری، سهم مالکانه خود را به خریدار تملیک می کند. البته در این تحلیل مبیع عین خارجی نیست بلکه مبیع خود موجود اعتباری به نام شرکت یا بنگاه تجاری است

۴- در صورت تحلیل ماهیت سهم و رابطه شریک با شرکت بر مبنای حق، مسأله با پیچیدگی بیشتری روبرو است و تحلیل قرارداد واگذاری بر اساس عقد بیع به سادگی امکان پذیر نیست. در عین حال نظر به اینکه نسبت به صدق عرفی بیع بر نقل و انتقالات حقوق مالی، نهی و ردعی وجود ندارد، پذیرش نظر حضرت امام (ره) مبنی بر صحت «بیع حق» امری بایسته و شایسته است.

## یادداشت‌ها

1. "There exists evidence that supports the conclusion that, until the late nineteenth century, securities were considered to be intangibles rather than tangibles. The first piece of evidence is the legal terminology used in legislation and legal writing. The term *Wertpapier*, which is shaped by the theoretical framework underlying securities in modern German and Austrian law, was not used in legislation or in legal writing until the mid-nineteenth century. The instruments that are now referred to as *Wertpapiere* were, when securities started to become popular, referred to in different legal language, consisting of a somewhat cumbersome reference to the paper documents used for transfer purposes" *Micheler*, 2007, pp. 1° 150

۲. این نهاد حقوقی که در فرانسه *Cession de creance* و در کشورهای انگلیسی زبان *Assignment of right* و در کشورهای عربی تابع نظام رومی ژرمنی، «حواله حق» نامیده می شود.

3. "English law does not classify securities as tangibles but as intangibles: they are choses in action. Historically, choses in action constituted a personal obligation and could therefore not be transferred by the creditor by way of assignment. A transfer was, however, possible with the consent of the debtor. I the debtor would agree to terminate the relationship with the transferor and to enter into a new relationship with the transferee. This method of transferring



debt has come to be referred to in English law as novation". Micheler, 2007, p. 20.

4. The company share was a chose in action with some diversities. The owner of shares could enforce his rights against the company by action; however, he has no rights over any specific chattel belonging to the company, LE Talbot, 2008, p57.

5. Novation

6. Assignment of right, Assignment of chose of action

7. Geoffrey Samuel, Law of Obligation and Legal Remedies (London: Cavendish publishing Limited, n.d.), p.88. Wolfgang Faber and Brigitta Lurger, National Report on Transfer of Movables in Europe, n.d., vol4, p200.

8. "The company itself is treated not merely as a person, the subject of rights and duties, but also as a *res*, the object of rights and duties".

۹. فالصحيح أن السهم في التحليل الفقهی هو نوع حق قابل للنقل كحق التحجير، و ليس بملك و كونه حقاً لا ملكاً لأن الملك رابطة اعتبارية بين المالك و المملوك فلا بد من ان يكون هناك مملوك بالفعل لتحقق الملك و الحال أن صاحب السهم لا يملك مملوكاً بالفعل. و إنما له الحق في أخذ مقدار معين من أرباح الشركة إن كان لها ربح. و هذا الرأي يوافق أحد الاتجاهين في الفقه الوضعي لبيان مالية الأسهم.

۱۰. المراد من العين ما إذا وجد في الخارج كان جسماً مشتملاً على الأبعاد الثلاثة: العرض، و الطول، و العمق.

۱۱. (اما في المعوض) فيعتبر أن يكون عيناً في مقابل المنفعة و الحق و ذلك لعدم صدق البيع عرفاً على نقل غير العين.

### کتابنامه

- ابوعمر، مصطفى احمد (۲۰۱۰)، موجز احكام الالتزام، بيروت: المنشورات الحلبيه الحقوقية.  
الماسی، نجاد علی (۱۳۸۹)، تعارض قوانین، تهران: مرکز نشر دانشگاهی.  
امامی خوانساری، محمد (بدون تاریخ)، الحاشیه الاولى على المكاسب، قم: بی تا.  
باریکلو، علیرضا (۱۳۸۵)، «ماهیت سهم و باز خرید آن توسط صادرکننده»، پژوهشنامه حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱.

ترابی، مرتضی (۱۴۲۵)، «الشركة في الفقه و القانون»، مجله فقه اهل وبيت، شماره ۳۳.

- تفرشی، محمدعیسی و رضا سکوتی نسیمی (۱۳۸۳)، «بیع سهام شرکت‌های سهامی»، علوم اجتماعی و انسانی دانشگاه شیراز، دوره ۲۱، شماره ۲.
- حائری، سیدکاظم (۱۳۷۹)، «مالکیت‌های شخصیت‌های حقوقی»، فقه اهل بیت، دوره ۶، شماره ۱.
- حسینی شاهرودی، علی و ابوالقاسم خوئی (۱۴۲۹)، محاضرات فی الفقه الجعفری، قم: مؤسسه دایره المعارف فقه اسلامی.
- خویی، ابوالقاسم (۱۴۱۷)، مصباح الفقاهه فی المعاملات، ۷ جلد، قم: انصاریان.
- سیستانی، سید علی (۱۳۸۹)، توضیح المسائل، مشهد: نشر نوند.
- ستوده تهرانی، حسن (۱۳۸۸)، حقوق تجارت، جلد ۲، چاپ ۲، تهران: نشر دادگستر.
- سلطان، انور (بدون تاریخ)، احکام الالتزام، الموجز فی النظریه العامه للالتزام، بیروت: دار النهضة العربیة.
- شعاریان، ابراهیم و محمدعیسی تفرشی (۱۳۸۱)، «سهم و حقوق ناشی از آن در شرکت‌های سهامی»، پژوهش حقوق عمومی، شماره ۷.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۹)، حقوق مدنی ۶، تهران: مجد.
- صدر، سید محمدباقر (بدون تاریخ)، «تقریرات درس حواله»، مجله فقه اهل و بیت، شماره ۱۴.
- صقری، محمد (۱۳۹۰)، «حقوق بازرگانی شرکت‌ها» تهران: شرکت سهامی انتشار.
- عبدی پورفرد، ابراهیم (۱۳۹۱)، مباحث تحلیلی از حقوق تجارت، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- علیدوست، ابوالقاسم (۱۳۸۸)، فقه و عرف، چاپ چهارم، تهران: سازمان انتشارات فرهنگ و اندیشه اسلامی.
- غمامی، مجید، و مریم ابراهیمی (۱۳۹۱)، «ماهیت حقوقی سهام پذیرفته شده در بورس» مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۳، شماره ۳.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۴)، حقوق مدنی، اموال و مالکیت، تهران: میزان.
- کاتبی، حسین قلی (۱۳۷۲)، حقوق تجارت. چاپ ۶، تهران: گنج دانش.
- مکارم شیرازی، آیت‌الله ناصر (۱۴۲۷ق)، دایره المعارف فقه مقارن. ۱ جلد. قم: مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع).

موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۵ق)، *تحریر الوسیله*، مترجم: علی اسلامی، جلد ۴، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.  
موسوی خمینی، روح الله (۱۴۲۱)، *البیع*، ۵ جلد، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).

- Cahn, Andreas & David C Donald (2010), *Comparative Company Law*. USA: Cambridge University Press.
- E.Agpalo, Roben (2008), *Obligations and Contracts*, Philippine: Rex Book Store.
- Faber, Wolfgang & Brigitta Lurger (2011), *National Report on Transfer of Movables in Europe*. *European law publishers GmbH, Munich*.
- LE Talbot (2008), *Critical Company Law*. Rutledge- Cavendish.
- Liang, Wenwen (2013), *Title and Title Conflicts in respect of Intermediated Securities under English Law*, London: Cambridge Scholars Publishing.
- Micheler, Eva (2007), *Property in Securities, A Comparative Study*. London: Cambridge University Press.
- Pretto-sakmann, Arianna (2005), *Boundaries of personal Property*. USA: Hart Publishing.
- Samuel, Geoffrey (2001), *Law of Obligation and Legal Remedies*. Second edition. London: Cavendish publishing limited.
- Stone, Richard (2009), *The Modern Law of contract*. 8th ed, London and New York: Cavendish publishing Limited.
- Tolhurst, Greg (2006), *the assignment of contractual Rights*. USA: Hart Publishing.
- Treitel, Sir Gunter (2010), *The Law of Contract*. 11th ed London: A sweet and Maxwell.
- Wheeler Cook, Walter (1916), "The Alienability of choses in Action", *Harvard Law Review*, Vole 9, No 8: pp. 816-37.
- Zimmermann, Reinhard (1992), *The Law of obligation: Roman foundations of civilian Tradition*. Johannesburg: Juta co Ltd.